



## Trivium

Revue franco-allemande de sciences humaines et sociales - Deutsch-französische Zeitschrift für Geistes- und Sozialwissenschaften

**3 | 2009**

**Droits subjectifs et droits de l'homme**

---

# De la fonction des « droits subjectifs »

**Niklas Luhmann**

Traducteur : Olivier Mannoni



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/trivium/3265>

ISSN : 1963-1820

### Éditeur

Les éditions de la Maison des sciences de l'Homme

### Référence électronique

Niklas Luhmann, « De la fonction des « droits subjectifs » », *Trivium* [En ligne], 3 | 2009, mis en ligne le 15 avril 2009, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/trivium/3265>

---

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.



Les contenus de la revue *Trivium* sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification 4.0 International.

---

# De la fonction des « droits subjectifs »

Niklas Luhmann

Traduction : Olivier Mannoni

---

## NOTE DE L'ÉDITEUR

Nous remercions chaleureusement la maison d'édition Suhrkamp (Francfort-sur-le-Main) de nous avoir accordé le droit de traduire cet article de Niklas Luhmann.

### I.

Lorsqu'on cherche à interpréter le sens des droits subjectifs, il est tentant de s'en tenir au sujet. Au contraire des autres espèces de droit, la particularité des droits subjectifs semble résider dans le rapport au sujet. En y regardant de plus près, on voit dans un premier temps que ce lien n'est pas univoque, et peut prendre des sens différents. Trois significations possibles apparaissent en priorité.

On pourrait envisager de voir dans le sujet la *source de droit*, fondement de la validité des droits subjectifs. « Je veux, donc j'ai des droits<sup>1</sup> », c'est ainsi que le formule Saleilles avec une radicalité cartésienne. Abstraction faite de la problématique du concept de source du droit, cette conception débouche sur une nette séparation entre droit subjectif et droit objectif, séparation largement récusée aujourd'hui<sup>2</sup>. Le droit subjectif, dans ce cas, ne serait pas un droit objectif. On ne pourrait pas rendre intelligible sa validité intersubjective, tout au plus la postuler. La pure subjectivité ne fournirait guère non plus de mesure permettant de délimiter le droit, et pas d'indication probante sur sa fonction.

Pourraient par ailleurs être qualifiés de subjectifs les droits qui relèvent de la *disposition* individuelle. Plaide en faveur de cette idée le fait que la *potestas* apparaisse tôt comme élément de définition dans l'histoire de l'évolution du droit subjectif. Cette conception a du mal à rendre compte du fait que de nombreux droits subjectifs, par exemple les droits

fondamentaux, sont inaliénables. En règle générale, en tout cas, on n'admet pas que le sujet puisse disposer en tout, en partie, ou en fonction de la situation, de sa dignité humaine. On ne peut nier que dans l'histoire récente du droit, cette figure de pensée qu'est le droit subjectif a contribué à l'institutionnalisation de libertés de disposition plus élevées, mais il est difficile de trouver ce succès ancré dans « l'essence » de l'institution juridique. Cela semble être seulement l'une de ses conséquences.

La troisième conception pourrait être que les droits subjectifs sont subjectifs du fait qu'ils servent des *intérêts* individuels. Cela ne constitue cependant pas un critère suffisamment spécifié, ni du point de vue historique, ni sur le fond<sup>3</sup>. D'une part, des institutions comme le mariage ou la juridiction administrative sont pleinement au service des intérêts individuels, sans que l'on puisse pour autant les qualifier de droits subjectifs. D'autre part, les droits subjectifs, par exemple la propriété, ne servent nullement les seuls intérêts individuels, mais exercent tout à fait, eux aussi, tout comme l'individualité elle-même, des fonctions sociales.

Cette critique, esquissée de manière très grossière, incite à se demander si la dénomination suffit à livrer le secret, si la fonction de la figure juridique du droit subjectif réside même dans la relation au sujet. Il se pourrait bien que lors de l'introduction de cette innovation d'une portée indiscutable dans la structure du droit, on ait eu recours à la terminologie de la subjectivité, à la mode à cette époque, pour fournir une justification plausible, mais que le sens et la portée de l'innovation n'aient pas été exprimés ainsi de manière adéquate. Pour la sociologie, cette manière de contourner des dénominations et justifications officielles n'a rien d'inhabituel, c'est au contraire une activité quotidienne – et dans la mesure où elle réfléchit en termes fonctionnalistes, c'est même un élément de sa méthode. La question de la fonction des droits subjectifs doit être éclairée à partir de cette perspective sociologique distanciée.

## II.

Nous prendrons pour point de départ la distinction entre la *complémentarité* et la *réciprocité* dans les relations sociales<sup>4</sup>. Une relation purement complémentaire n'est intégrée qu'au niveau abstrait de l'attente. A attend de B une prestation déterminée. Si B attend lui aussi, pour sa part, cette prestation personnelle, s'il accepte donc l'attente de A et agit en conséquence, on peut parler de complémentarité. Les attentes se correspondent ; dans les prestations, en revanche, la relation reste asymétrique et déséquilibrée. Il manque dans un premier temps une réponse à la question de savoir pourquoi B accepte et exauce l'attente de A.

En revanche, les relations réciproques sont ordonnées de manière symétrique dans les prestations, c'est-à-dire équilibrées. A attend de B une prestation déterminée, tandis que B en attend une autre de A. Dans ce cas aussi, les attentes doivent être complémentaires pour les deux parties. On y trouve en outre un double rapport de prestations dans lequel des droits et des devoirs apparaissent des deux côtés<sup>5</sup>. Ce qui caractérise la réciprocité, c'est le fait que des prestations *de nature différente* sont regroupées pour produire un rapport de mouvements contraires. La symétrie n'est donc que formelle, et ne porte justement pas sur le contenu. L'équité est en quelque sorte visée, mais elle constitue tout de même un problème. C'est sur cela que repose la contribution de ce type de relation à l'ordre juridique. Savoir si, par là, la pleine égalité et le caractère pleinement volontaire de la relation sont réalisés, comme dans le cas de l'échange, ou si la relation

témoigne d'une différence de rang (et demeure, de ce point de vue, asymétrique), comme celle du maître et de l'esclave, est une deuxième question à laquelle on ne peut répondre qu'en ajoutant des critères de contenu relatifs à l'équité. Du point de vue formel, une relation est réciproque dès le moment où apparaissent des deux côtés des droits et des devoirs qui se motivent et se justifient mutuellement.

Cette distinction met en valeur une singularité de la pensée juridique de l'Europe ancienne. Si l'on prend garde à l'ancien usage linguistique, le concept du *ius* paraît toujours réciproque, c'est-à-dire qu'il paraît avoir désigné des relations de droit intérieurement équilibrées et qui se suffisaient à elles-mêmes<sup>6</sup>. Le problème de ces relations semble avoir été avant tout celui de la capacité requise de durer et de supporter un déséquilibre provisoire dans les relations réciproques, c'est-à-dire qu'il tenait à des questions de crédit. Ici, des garanties anciennes qui s'étaient développées d'elles-mêmes dans la coexistence de proximité de petites communautés d'habitation, sans répartition précise des rôles, ont dû être remplacées par le mécanisme plus formel du droit, qui permettait une spécification plus précise des obligations et un lien qui s'appliquait aussi aux étrangers<sup>7</sup>. La réciprocité sur une longue période est cependant restée le problème à l'aune duquel le droit était compris comme droit. On peut le percevoir dans l'évolution du droit romain des traités, au fait que, pour qu'il y ait création d'une obligation de droit, il était nécessaire qu'il y ait une prestation « réelle » entre les participants, c'est-à-dire que l'on considérait que la raison de l'obligation résidait dans la réciprocité des prestations, et non dans la *nuda pactio* des simples déclarations de volonté<sup>8</sup>. Une relation sociale de nature purement complémentaire, dans laquelle une partie n'a que des droits et l'autre que des devoirs, aurait rappelé le rapport que des propriétaires et des esclaves, elle n'aurait pas été considérée comme un rapport de droit parce qu'il lui manquait la possibilité d'une équité interne. Dans ce sens, le droit passait pour une caractéristique immanente de toutes les relations sociales, de toutes les *koinonai*, *societates* ou *communitates* au sens large, c'est-à-dire incluant le prépolitique. L'humanité du droit, qui put, avec la fondation politique de la ville antique, être arrachée au droit archaïque de la société tribale, ne tenait pas à la subjectivité des droits, mais à la participation active des hommes au déroulement du droit – si l'on veut : à la procédure. Il est caractéristique, d'une manière générale, que le langage manque d'un mot particulier pour exprimer le droit en tant qu'il est l'opposé du devoir. Ni le *ius*, ni le *right*, ni le terme allemand *Recht* n'avaient ce sens<sup>9</sup>. Le sens de ces mots découlait de l'opposition au non-droit, et l'on voit par là que les sociétés plus simples n'avaient ni le besoin, ni la possibilité de formuler une pure complémentarité<sup>10</sup>. Leur sentiment de la justice se référait à l'équilibre des charges.

Sur ce point-là, la figure juridique des temps modernes que constitue le droit subjectif rompt avec la tradition<sup>11</sup>. Pour identifier – et par conséquent légitimer et garantir – un droit subjectif, la réciprocité n'est plus exigible : il ne faut plus que la complémentarité. L'intégration à des relations de droit réciproques, la genèse par contrat mutuel, l'attachement aux obligations correspondantes, ne sont pour autant nullement exclus, ni même seulement discrédités. Mais ils ne sont plus essentiellement liés au droit en tant que droit. On peut à présent penser une justification qui ne soit plus compensée et contenue par des obligations parallèles à l'égard du partenaire. On peut concevoir l'idée scandaleuse que la liberté est un droit<sup>12</sup>. L'innovation décisive, c'est que, pour le caractère juridique d'une relation sociale, la complémentarité de l'attente suffit.

Deux aspects de cette innovation sautent immédiatement aux yeux : son degré d'abstraction et son caractère risqué. Des droits subjectifs sont plus abstraits que des

institutions juridiques reposant sur la réciprocité, parce qu'ils permettent sans doute la réciprocité, mais ne la supposent plus. Leurs exigences à l'égard de la qualité juridique sont moindres, leur domaine d'applicabilité est d'autant plus vaste. Un ordre juridique qui se sert de cette figure fondamentale peut par conséquent conférer une qualité juridique à un plus grand nombre de relations sociales. Il a un potentiel de complexité supérieur. On doit se demander : à quelles fins ?

Le risque est supérieur, on le voit au fait que même la liberté peut désormais être un droit – une liberté dont les seules limites sont la liberté de l'autre, pour reprendre la formule libérale. Les droits subjectifs ont certes aussi d'autres frontières. Mais celles-ci n'ont pas à être concrétisées comme des devoirs à l'égard de chacun des partenaires, ce qui signifie qu'elles n'opèrent plus comme un correctif immanent à l'exercice du droit. Avoir la propriété de l'entreprise ne fonde pas d'obligations envers ceux qui y travaillent. Celui qui ne paie pas ses impôts ne perd pas ses droits fondamentaux. Cela mène à des situations dans lesquelles le sujet peut exploiter ses droits sans égards et jusqu'aux limites – jusqu'à des limites qui ne peuvent qu'être définies de manière générale, et donc large. Là encore, il faut se demander pourquoi l'on prend ce risque.

Nous pourrions dire, en exagérant : le droit subjectif est le droit inique, le droit qui n'a pas d'équilibre en lui-même. Il est dans cette mesure une institution paradoxale et, à l'aune des anciennes attentes du droit dont il est forcément issu, une conquête improbable. Il n'est cependant pas rare de constater que les réussites de l'évolution résident dans l'improbable. Au début du Moyen Âge, on avait ainsi cherché à conférer un caractère de droit à la législation positive en tentant de procurer au nouveau droit des effets de liaison semblables à ceux de l'ancien : on prêtait des serments et l'on tissait des pactes éternels, on les renouvelait en permanence, on les confirmait, on déclarait qu'ils engageaient tous les héritiers – tout cela en pure perte<sup>13</sup>. La réussite vint d'une direction opposée : dans le principe improbable de l'absence de lien du législateur à ses lois, et dans l'institutionnalisation du risque supérieur que présentait un droit modifiable. Un autre exemple d'un tel renversement des attentes normales serait le fait que nous ne canalisons plus les processus de distribution économique au moyen de la rareté des marchandises, mais de la rareté des consommateurs. Il se pourrait ainsi que, dans le cas du droit subjectif aussi, on ait adopté un seuil d'improbabilité de l'évolution – ce qui pourrait aussi expliquer pourquoi l'on a provisoirement adossé cette innovation, dissimulant ainsi sa portée, au concept et à l'idéologie du sujet.

### III.

La théorie de l'évolution sociale<sup>14</sup> fournit un cadre de référence théorique pour répondre à ces questions, et donc pour clarifier la fonction des droits subjectifs. L'un des traits les plus remarquables de la nouvelle évolution sociale est l'importance croissante qui revient à la différenciation fonctionnelle comme principe structurel de la société. On ne désigne pas seulement ainsi la division croissante du travail dans le secteur économique, mais une tendance à la différenciation et à la spécification fonctionnelle de sous-systèmes de la société, de domaines de fonction regroupés globalement et de nouveau différenciés en eux-mêmes, pour la politique et l'administration, la religion, l'économie, les fonctions familiales résiduelles, la science, l'éducation, le divertissement, les soins aux malades, etc. De tels sous-systèmes, appliqués aux fonctions sociales centrales, nécessitent et développent une autonomie relativement élevée et une indépendance réciproque qui est

tout à fait compatible avec des dépendances spécifiques, mieux : qui permet leur intensification. Les découvertes scientifiques, par exemple, ne sont pas sans autre forme de procès des événements politiques, les transformations politiques ne jouent pas toujours non plus un rôle pour l'économie, les crises économiques ne sont pas en tant que telles ruineuses pour la vie de famille. Quelques-unes des principales conséquences de cette restructuration vers une fonction différenciation fonctionnelle ont une signification immédiate pour notre problème.

Il est caractéristique de la différenciation fonctionnelle qu'elle fasse croître le besoin d'abstraction et de spécification des relations sociales. Cela s'exprime par exemple dans une différenciation des rôles de plus en plus affinée. Les partenaires se rencontrent de plus en plus dans des rôles spécifiques dans lesquels disparaît l'attention portée à leurs autres rôles personnels et aux autres rôles du partenaire. Lorsqu'on embauche un ouvrier, il est en règle générale peu important de savoir s'il est catholique ou non, s'il appartient ou non au club local de foot-ball, s'il est ou non père de famille – et l'ordre juridique conforte cette indifférence lorsqu'il discrédite les cas de transgression comme des atteintes au principe d'égalité. Quand on fait ses achats, on ne choisit pas sa boutique en fonction du parti pour lequel vote le propriétaire, ou de la compagnie dans laquelle il a fait son service militaire. C'est pourquoi, lorsque la différenciation des rôles est fortement spécialisée, les formes plus anciennes du contrôle social, l'autocontrôle de chacun par égard à ses autres rôles et le contrôle extérieur immédiat par le partenaire qui vous fait face (auquel manque à présent le moyen de sanction que constitue une nouvelle rencontre dans d'autres contextes de rôles), ne fonctionnent pas<sup>15</sup>. Le contrôle doit désormais être assuré sous une forme plus indirecte et plus abstraite, par exemple par la surveillance de l'État ou par l'observation collégiale. Cela, déjà, rend nécessaire d'autres formes, plus déterminées, de fixation de droits.

Dans le même temps, du fait de la spécification fonctionnelle, les relations perdent le champ de manœuvre permettant l'équilibre des charges. Les cas sont de plus en plus nombreux, où A, dans la relation à B, a essentiellement ou n'a plus que des droits, dans la relation à C en revanche essentiellement ou plus que des devoirs, et où les deux relations doivent pouvoir varier indépendamment l'une de l'autre. L'équité ne peut plus être garantie par un équilibre « local » des intérêts au sein d'une seule et même institution juridique. Il serait par exemple absurde d'équilibrer les avantages de la propriété par des obligations correspondantes à l'égard de ceux qui sont forcés de respecter la propriété. Au lieu de cela, on paie des impôts. Le pouvoir parental, ou encore la tutelle (cura), sont remodelés pour devenir un rapport d'obligation qui n'a plus à être compensé, dans son intérêt propre, par des droits de domination. Un arrangement local et la non-utilisation locale des possibilités juridiques sont même désapprouvés, il n'est pas rare qu'ils soient interdits par le droit. Par exemple – selon l'opinion de la Cour des Comptes d'Allemagne fédérale –, une administration qui a besoin d'une propriété foncière ne devrait pas se laisser gêner, dans l'exercice de son droit d'expropriation, par le fait que cela pourrait lui aliéner les individus concernés en tant qu'électeurs (c'est-à-dire dans un autre rôle) du parti dominant<sup>16</sup>. Même les considérations politiques ne doivent pas atténuer directement l'exercice des compétences juridiques de l'administration, parce que l'intégration des relations sociales ne doit pas se produire à ce niveau concret, mais à un niveau plus abstrait. À l'équité concrète se substituent d'une part un équilibre *détourné* entre des charges particulières, dépassant la moyenne, d'autre part une *mobilité* élevée dans l'établissement et la dissolution des relations juridiques, qui

permettent à l'individu d'équilibrer les opportunités et les charges dans sa combinaison de rôles individuelle<sup>17</sup>.

Il faut par ailleurs tenir compte du fait que la différenciation fonctionnelle débouche sur des techniques de résolution des problèmes hautement spécialisées, avec cette conséquence qu'il devient souvent absurde de résoudre les problèmes là où se trouvent leurs causes, ou bien là où ils se présentent, et qu'on le fait donc ailleurs. Quand un professeur est surmené, ce n'est pas à l'université qu'il va se rétablir, mais dans une clinique. Ce ne sont pas ceux qui polluent les fleuves qui paient la construction des piscines. On ne transporte pas les victimes d'accidents dans les usines de voitures, on ne lâche pas la bombe atomique sur les physiciens, parents et enseignants n'assomment pas à coups de matraque la jeunesse turbulente. Il y a donc forcément, et dans une mesure considérable, des mécanismes de déplacement des problèmes et d'équilibrage indirect des conséquences. Ce détournement est largement l'œuvre des médias abstraits de communication, tels que l'argent ou le pouvoir de prendre des décisions contraignantes. Vu sous l'angle de la forme juridique, cela permet souvent de maintenir la fiction d'une réciprocité immédiate des prestations. Du point de vue juridique, pareil équilibre indirect ne pourrait guère être organisé sans la figure du droit subjectif.

Il faudrait pour finir souligner le fait que dans des sociétés différenciées fonctionnellement, on peut s'attendre à ce qu'existe un besoin presque quotidien de transformations structurelles<sup>18</sup>. Là encore, la figure juridique de droits subjectifs abstraitement identifiables offre d'éminents avantages par rapport à la pensée ancienne, dans des institutions stabilisées par la réciprocité. Les taux d'imposition doivent par exemple pouvoir être modifiés sans que l'État ne soit forcé de renégocier la totalité de son rapport avec les personnes concernées en accordant des avantages comme des privilèges ou des libertés. Le droit de protection contre le licenciement est adapté à l'évolution du marché, les règles sur la cogestion des ouvriers et employés au sein de l'entreprise sont transformées, les règles d'examen du système éducatif sont réformées, et cela passe par la création de nouveaux droits subjectifs et la modification des anciens. Dans tout cela, savoir dans quelle mesure il faut tenir compte du statu-quo et rééquilibrer droits et devoirs entre les personnes concernées n'est plus qu'une question politique et cesse d'être une question de droit. La palette des instruments juridiques permettant d'apporter au problème les solutions politiques les plus diverses est disponible, et les hommes politiques ne se satisferaient pas de s'entendre dire qu'une nouvelle règle est contraire au droit parce que l'équité de la relation sociale concrète est remise en cause.

Tout comme la variabilité, la protection contre la variabilité a cependant elle aussi besoin de la forme plus abstraite du droit subjectif. Ce n'est pas une contradiction : cela signifie seulement qu'il faut chercher et trouver l'équilibre durable entre conservation et transformation dans des catégories plus abstraites qui permettent plus de possibilités de combinaisons. Si la position juridique de l'individu était caractérisée concrètement par un faisceau de droits et de devoirs, on ne pourrait absolument pas la séparer de celle d'autres, donc ni la transformer, ni la protéger contre des transformations. Le besoin accru de garantie est satisfait par cette même figure qui contribue de manière décisive à mettre le droit en mouvement. Seul le droit subjectif pouvait être garanti de façon abstraite sans effet immobilisant rétroactif sur l'ensemble de l'ordre juridique et, à la différence des privilèges médiévaux, être en même temps assuré d'être mis en œuvre. La clef de cette solution du problème, dans un premier temps improbable, ne résidait pas dans le fondement jusnaturaliste de quelques droits de l'homme, mais dans cet artifice

juridique qui mettait un terme à la vieille querelle sur la révocabilité des privilèges : dans la conception, qui s'est imposée à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, selon laquelle les droits subjectifs bénéficient d'une certaine intangibilité *indépendamment de leur fondement juridique*, c'est-à-dire aussi dans le cas d'une formation par le seul fait du droit positif<sup>19</sup>.

#### IV.

Pour résumer, nous pouvons tirer de ces réflexions l'hypothèse selon laquelle la figure juridique du droit subjectif cherche à répondre, par son degré supérieur d'abstraction, aux exigences d'une société de plus en plus différenciée fonctionnellement<sup>20</sup>. Il ne s'agit pas là d'une abstraction à l'ancienne, d'une généralisation catégorielle, d'une absence de spécificité générique : l'abstraction réside au contraire dans le renoncement à un équilibre « local » des prestations dans l'institution juridique prise isolément, dans un renoncement à l'emboîtement immédiat et concret des droits et des devoirs considéré comme condition de la juridicité en général. L'harmonie intérieure des institutions juridiques, la musique mathématique de l'équité, est abandonnée afin d'atteindre une élasticité adaptative supérieure du droit comme structure de la société. Ainsi, le renforcement ou l'affaiblissement du droit assurant la protection contre l'expulsion des locataires ne sont plus motivés et justifiés de nos jours par l'approchement avec un idéal d'équité dans la relation entre locataires et bailleurs, mais comme une adaptation aux transformations survenues sur le marché du bâtiment et du logement.

Le renoncement à l'idée directrice de la réciprocité concrète ne va cependant pas sans risques. On ne peut pas simplement laisser tomber l'activité visant à équilibrer les droits et les devoirs, il faut la remplacer par des formes plus abstraites. On ne peut simplement renoncer à trouver un équilibre ou en laisser le soin à la nature, il doit être réalisé par des structures et des processus qui s'associent de manière moins directe, qui agissent de manière détournée et sont plus riches en alternatives. Quand on néglige de le faire, quand on s'appuie sur la seule idée de la complémentarité de l'attente ou du droit subjectif, on s'expose au soupçon d'idéologie. Gouldner a relevé que Parsons, qui part selon lui de l'exigence de la complémentarité et sous-estime celle de la réciprocité, ignore aussi du même coup le problème de l'exploitation dans les relations sociales<sup>21</sup>. On est plus en droit d'adresser ce reproche à la théorie libérale de l'État et de la société. Elle montre de manière exemplaire à quel point l'insistance sur le droit subjectif en tant que droit induit facilement à négliger les questions de structure.

Nous avons largement progressé dans la critique de cette unilatéralité et de ce caractère idéologique, sans être parvenu à suffisamment clarifier la fonction des droits subjectifs. De ce fait, la plupart du temps, les efforts visent – en suivant le sentiment naturel, et donc sur le mode régressif – à réintégrer les devoirs dans les droits. La constatation lapidaire de la Constitution de Weimar, « Propriété oblige<sup>22</sup> » en donnait le modèle. Le principe de la pesée des intérêts dans le cadre des droits fondamentaux pris séparément (!) engage la pratique du tribunal constitutionnel sur cette voie. Les multiples signes de la construction d'une structure de droit se rattachant à des rôles illustrent la même tendance<sup>23</sup>.

Si l'on considère la fonction des droits subjectifs dans la perspective de la théorie de la société, ces évolutions apparaissent sous un jour douteux. Elles montrent clairement un retour à l'équilibre local, concret et de petit format entre les droits et les devoirs, et à son pendant, l'immobilisation au statu-quo. Chercher l'équité par le choix entre des principes en conflit et la limitation de ce qui est exigible, par l'équilibre des intérêts matériels et la



réciprocité des situations concrètes, signifie, aujourd'hui plus que jamais, soustraire les questions de structure à l'attention et à la problématisation. Tant que la fonction du droit subjectif n'est pas clarifiée, la critique du droit subjectif, tout comme l'accent mis sur le droit subjectif, peuvent servir à masquer la responsabilité pour les questions de structure. Le soupçon d'idéologie taillé sur mesure à cette fin est déjà là.

Pareille évolution ne peut être suffisamment expliquée comme une défense d'intérêts existants. Ses raisons résident plutôt dans la problématique de la variation structurelle. Une complexité croissante des systèmes sociaux a pour conséquence typique le fait que les décisions portant sur les structures sont plus difficiles à prendre parce que plus lourdes de conséquences – tandis qu'il est plus facile de trouver une solution aux problèmes découlant d'une structure donnée parce que l'on dispose partout d'alternatives et de possibilités de substitution. Un potentiel élevé de transformation structurelle et d'autorégulation rationnelle de la société est alors assuré sur le plan institutionnel – et n'est pourtant pas utilisable. La contingence du système ne devient pas praticable.

Peu de choses changeront à cela dans un proche avenir. Il pourrait être d'autant plus important, dans l'analyse théorique de structures sociales et de formes juridiques données, de discerner, de conserver et de continuer à développer ces possibilités de régulation abstraite du système que la société a déjà institutionnalisées. Les « droits subjectifs » en font partie.

---

## BIBLIOGRAPHIE

Adamson Hoebel, E. (1954) : *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press.

Bucher, E. (1965) : *Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis*, Tübingen, Mohr Siebeck.

Crusius, J. A. (1668) : « Tractatus historico-politico-juridici de praeeminenti dominio principis et rei publicae in subditos, eorum bona, ac ius quaesitum », in : *id. : Opuscula varia*, Mindae, Köhler.

Dabin, J. (1952) : *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz.

Demetracopoulou Lee, D. (1940) : « A Primitive System of Values », in : *Philosophy of Science*, 7, p. 355-378.

Dewey, A. G. (1962) : *Peasant Marketing in Java*, New York, Free Press of Glencoe.

Feinberg, J. (1966) : « Duties, Rights, and Claims », in : *American Philosophical Quarterly*, 3, p. 137-144.

Firth, R. / Jamey, B.S. (éd.) (1964) : *Capital, Saving, and Credit in Peasant Societies*, Londres, Allen & Unwin.

Geiger, T. (1964 [1947]) : *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied / Berlin, Luchterhand.

Gernet, L. (1948-49) : « Droit et prédroit en Grèce ancienne », in : *L'année sociologique*, 3<sup>e</sup> série, p. 21-119.

- Gluckman, M. (1955) : *The Judicial Process Among the Barotse of Northern Rhodesia*, Manchester, Manchester University Press.
- Goode, W. J. (1960) : « A Theory of Role Strain », in : *American Sociological Review*, 25, p. 483-496.
- Gouldner, A. W. (1960) : « The Norm of Reciprocity », in : *American Sociological Review*, 25, p. 161-178.
- Grotius, H. (1720) : *De iure belli ac pacis libri tres*, Amsterdam, Jansson Waesbergius.
- Hartmann, H. (éd.) (1967) : *Moderne amerikanische Soziologie*, Stuttgart, Enke.
- Kaser, M. (1949) : *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- Kasper, F. (1967) : *Das subjektive Recht*, Karlsruhe, Müller.
- Krause, H. (1958) : « Dauer und Vergänglichkeit im mittelalterlichen Recht », in : *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.*, 75, p. 206-251.
- Luhmann, N. (1981) : « Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft », in : *id.* : *Ausdifferenzierung des Rechtes*, Francfort-sur-le-Main, Suhrkamp, p. 113-153.
- Malinowski, B. (1949 [1926]) : *Sitte und Verbrechen bei den Naturvölkern*, Vienne, Humboldt-Verlag. [Trad. fr. : *Trois essais sur la vie sociale des primitifs*, trad. par S. Jankélévitch, Paris, Payot, 1980]
- Mitchell, W. C. (1967) : *Sociological Analysis and Politics. The Theories of Talcott Parsons*, Englewood Cliffs (N.J.), Prentice-Hall.
- Nadel, S. F. (1953) : « Social Control and Self-Regulation », in : *Social Forces*, 31, p. 265-273.
- Nadel, S. F. (1957) : *The Theory of Social Structure*, New York, Free Press of Glencoe.
- Rehbinder, M. (1967) : « Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat », in : Hirsch, E.E. / Rebinder, M. (éd.) : *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, Sonderheft II der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, Cologne / Opladen, p. 197-722.
- Saleilles, R. (1922 [1910]) : *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, A. Rousseau.
- Schmidt, J. (1970) : « Ein soziologischer Begriff des "subjektiven Rechts" », in : *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, p. 299-330.
- Schott, R. (1970) : « Die Funktionen des Rechts in der primitiven Gesellschaft », in : *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1, p. 107-174.
- Thurnwald, R. (1934) : *Die menschliche Gesellschaft in ihren ethno-soziologischen Grundlagen*, t. v, Berlin / Leipzig, de Gruyter.
- Villey, M. (1957) : *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz.
- von Gierke, O. (1958 [1880]) : *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Aalen, Scientia.
- von Hippel, F. (1957) : *Zum Aufbau und Sinnwandel unseres Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- Weber, M. (1960) : *Rechtssoziologie*, Neuwied, Luchterhand.
- Weber, M. (2007) : *Sociologie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France.

## NOTES

1. Saleilles (1922 [1910]), p. 535.
2. Cf. par exemple Geiger (1964 [1947]), p. 166 sq. ; Dabin (1952), p. 85 ; Bucher (1965), p. 14 ; Kasper (1967), p. 47.
3. Max Weber l'explique par le fait que la protection des intérêts individuels doit forcément être le sens, avalisé par convention commune, de l'institution, et non un simple effet réflexe. Cette distinction est toutefois empruntée à la vie moderne du droit et sert uniquement à définir le champ de manœuvre disponible pour des modifications du droit. Appliquée à un ordre juridique archaïque, elle déboucherait sur la conclusion que c'est justement là que réside le véritable domaine des droits subjectifs, puisque la répression des infractions au droit est ici en bonne partie laissée aux victimes, que donc les infractions sont considérées comme des atteintes aux intérêts. Cf. Weber (1960), p. 57 sq. [en français : Weber (2007)].
4. Nous rattachant ainsi à Gouldner (1960).
5. Dans le détail, il faudrait naturellement articuler plus fortement cette relation. Cf. par exemple Feinberg (1966) ; ou encore Schmidt (1970).
6. La signification générale du principe de réciprocité pour les ordres de droit archaïque a souvent été traitée. Cf. par exemple Malinowski (1949 [1926]) notamment p. 26 sq. ; et voir l'exemple très discuté de la propriété du canoë *ibid.*, p. 22 sq. ; Thurnwald (1934), p. 5 sq., 43 sq. ; Gernet (1948-49), p. 26 sq. ; Schott (1970). Une autre question est de savoir dans quelle mesure la réciprocité est acceptée dans la teneur sémantique consciente des institutions du droit, ce qui exige une capacité d'abstraction et de mise en relation dont on ne peut nullement supposer qu'elle existe partout. Voir à ce propos, en relation avec le matériau relevé par Malinowski, Demetracopoulou Lee (1940).
7. Cf. par exemple Dewey (1962), p. 91 sq. ; Firth / Jamey (1964), notamment p. 29 sq.
8. Cf. D 2, 14, 7, 4 et 5. Les quatre affaires consensuelles constituèrent une exception développée tardivement, soumise à une rigoureuse contrainte de type, et qui n'était pas censée exprimer une idée généralisable du droit.
9. À titre d'exemple issu d'un cercle linguistique non indo-germanique, cf. Gluckman (1955), p. 166.
10. Raison pour laquelle une analyse après-coup des systèmes de droit primitifs à l'aide des catégories plus abstraites de la pure complémentarité n'est guère productive, elle non plus. Cf. l'essai de E. Adamson Hoebel (1954), p. 46, avec le schéma de Hohfeld.
11. Sur ce renversement, cf. en particulier Villey (1957), p. 149 sq. Sur les points d'approche non développés pour la conception des droits subjectifs dans le droit romain, cf. aussi Kaser (1949), p. 96 sq. Seule la pandectistique des temps modernes a permis une réinterprétation globale des plaintes du droit romain comme prétentions relevant du droit matériel.
12. Cf. Villey (1957), notamment p. 252, 277, 279. Fritz von Hippel (1957), p. 42 sq., a lui aussi relevé « l'affect d'asocialité qui résonne encore longtemps » et s'attache à l'idée de liberté (p. 43).
13. Cf. Krause (1958).
14. Une théorie qui a du reste toujours fourni l'horizon d'interprétation des « grandes thèses » de la sociologie du droit : celle de Maine sur l'évolution du statut vers le contrat, celle de Durkheim sur l'évolution des sanctions répressives aux sanctions restitutives, et celle de Weber sur l'évolution des qualités matérielles aux qualités formelles du droit.
15. Cf. Nadel (1957), p. 63 sq. Cf. aussi Nadel (1953).
16. Selon un article de la *Frankfurter Allgemeine Zeitung* datée du 3 mai 1967.

17. Dans les théories sociologiques qui traitent de ce problème, les couplages institutionnels des droits et des devoirs n'apparaissent plus que marginalement. Cf. Goode (1960) ; traduit sous forme d'extrait in Hartmann (1967), p. 269-286.

18. Cf. ma contribution [Luhmann (1981)], p. 113 sq.

19. Cf. Crusius (1668), chap. XIII, 5 ; Grotius (1720), chap. II, 14, § VIII, p. 416. En guise d'aperçu sur l'évolution juridique, cf. von Gierke (1958 [1880]), p. 268 sq. Il faut tenir compte, à l'arrière-plan de cette discussion, du fait qu'au Moyen-Âge, la question des privilèges était intimement mêlée à la théorie de la législation, en sorte qu'avec le droit de promulguer la loi positive et de la modifier, le droit de révoquer les privilèges était passé du droit canonique au droit séculier. L'extension et la banalisation croissante de la législation positive dans l'État moderne contraignait désormais à former un nouveau concept des positions de droit susceptibles d'être garanties, lequel devrait forcément être plus abstrait que l'ancien concept de privilège, regroupant droits et devoirs.

20. On peut du reste démontrer – et j'y vois une confirmation des thèses exprimées dans le texte – la même chose pour l'institution apparentée de la liberté contractuelle. Là encore, il a fallu abandonner l'idée d'une justice concrète de la réciprocité et réduire le contrat à l'abstraction de ce qui, dans chaque cas, a été librement convenu, parce que la différenciation fonctionnelle de la société produit une différenciation de l'économie et l'avait placée dans une situation d'autonomie relative. Le système de la nouvelle économie nationale exigeait, pour sa propre régulation, des prix *instables*, et ne pouvait donc plus, pour des raisons d'élasticité adaptative supérieure, assurer l'équité concrète dans le contrat individuel. Et là encore, dans la science juridique de notre siècle, on peut observer des tendances régressives qui traitent de l'adéquation du contrat pris isolément.

21. Cf. Gouldner (1960), p. 168. Également sur ce point, cf. Mitchell (1967), p. 54. Une appréciation plus exacte de la théorie de Parsons montrerait que la racine de cette unilatéralité tient moins dans le fait d'avoir méconnu la réciprocité que dans celui de l'avoir abordée sous l'angle des interrelations intrasystémiques entre les sous-systèmes analytiques de la société.

22. Par exemple Art. 153 III 1 de la Constitution de Weimar.

23. Cf. Rehbinder (1967), p. 210 sq.

## INDEX

**Mots-clés** : droits (subjectifs), complémentarité, réciprocité, différenciation (fonctionnelle)

**Schlüsselwörter** : Rechte (subjektive), Komplementarität, Reziprozität, Differenzierung (funktionale)

## AUTEURS

### NIKLAS LUHMANN

Niklas Luhmann (1927-1998) était un des plus importants sociologues allemands de la deuxième moitié du vingtième siècle, fondateur de la théorie des systèmes. Pour plus d'informations, voir la notice suivante.